

*Ludwigs*, Markus, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht. Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie. Das Öffentliche Recht, Habilitationen, Band 1. Berlin 2013, Duncker und Humblot. 674 S.

Im modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht finden sich mehr und mehr Bezüge zu ökonomischen Begriffen und Kategorien. Insbesondere das Telekommunikationsrecht ist insoweit federführend. Es konfrontiert den Rechtsanwender und -interpret mit Normen, die sich oft nur durch ein intensiveres Studium ökonomischer Zusammenhänge verstehen lassen, etwa im Bereich der Entgeltregulierung, bei der die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ als Maßstab für die Genehmigungsfähigkeit heranzuziehen sind (§ 32 TKG), bei analytischen Kostenmodellen, Vergleichsmarktbeurteilungen sowie dem besonderen „Price-Cap-Verfahren“ (§ 33 TKG). Schließlich sollen im telekommunikationsrechtlichen Vergabeverfahren Frequenzen an das oder die Unternehmen vergeben werden, die „am besten geeignet sind, die zu vergebenden Frequenzen effizient zu nutzen“ (§ 61 Abs. 3 Satz 1 TKG). Die Habilitationsschrift von *Markus Ludwigs* untersucht auch anknüpfend an die zitierte Vorschrift zur Frequenzvergabe die Frage, inwieweit der für die ökonomische Wissenschaft zentrale Begriff der „Effizienz“ auch zu einem unternehmensbezogenen juristischen Begriff geworden ist. Die vom Bonner Regulierungsrechtler *Matthias Schmidt-Preuß* betreute Arbeit betrachtet dazu neben dem aus guten Gründen inhaltlich und umfangmäßig dominierenden Telekommunikationsrecht auch das Energieumweltrecht („Schlüsselrolle der Energieeffizienz“) und das EU-Kartellrecht („More Economic Approach und Efficiency Defense“).

Die Darstellung beginnt mit der eher referierenden Betrachtung ökonomischer Effizienzmodelle und analysiert dann mit einer hohen Detailliertheit die relevanten Bestimmungen in den genannten Rechtsgebieten. Die zentrale These von *Ludwigs* besteht in der Feststellung, die zunehmende Inkorporation ökonomischer Effizienzanforderungen in Vorschriften des nationalen und europäischen Rechts führe zu einer „Metamorphose“ des ökonomischen zu einem juristischen Effizienzbegriff. Entstanden sei daher ein „Gesamtgemälde“ der Unternehmenseffizienz im Öffentlichen Recht. Die Verschränkung von ökonomischen und juristischen Fragestellungen im aktuellen Regulierungsrecht wird bis in kleinste Verästelungen nachgewiesen. Nahezu jede Schnittstelle zwischen Ökonomie und Recht in den behandelten Gebieten wird untersucht. *Ludwigs* betrachtet den Effizienzbegriff dabei durchgehend interdisziplinär. Sein methodisches Vorgehen hat allerdings von vornherein eine immanente Schwäche: Eine juristische Arbeit, die von einem Juristen geschrieben ist, kann die Plausibilität ökonomischer Ansätze und Theorien nur beschränkt überprüfen. Aus der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung ist dieses Problem seit langem bekannt: Die betroffenen Unternehmen legen bei der Bundesnetzagentur regelmäßig Gutachten von Ökonomen zu Fragen der Entgeltregulierung vor, die – ähnlich wie juristische Gutachten – regelmäßig zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Welches Konzept im Hinblick auf die volkswirtschaftliche Effizienz oder andere Fragen wirtschaftswissenschaftlich das überzeugendste ist, kann eigentlich nur Gegenstand einer ökonomischen Untersuchung sein. Für die Anwendungsprobleme etwa im Bereich der Entgeltkontrol-

le folgt daraus das juristische Problem, ob und inwieweit die Regulierungsbehörde bei der Zugrundelegung einer bestimmten ökonomischen Methode etwa zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung Bewertungsspielräume hat, ein Aspekt, der einen größeren Anteil in der Untersuchung verdient hätte, weil er die Meinungsvielfalt in der ökonomischen Wissenschaft als juristisches Problem widerspiegeln würde. Ludwigs verfolgt etwas die Tendenz, das „Richtige“ der ökonomischen Theorie zu entnehmen und den zweifelnden – da oft nur klassisch juristisch ausgebildeten und denkenden Rechtsanwender – hierauf hinzuweisen. Möglicherweise wird manche These aus der Ökonomie dabei etwas überbewertet. Ein Beispiel ist die Versteigerung der UMTS-Lizenzen im Jahr 2000. Dabei wurden für den Bund Erlöse von ungerechnet mehr als 50 Mrd. Euro erzielt. Dies soll – so eine von Ludwigs als überzeugend empfundene ökonomische These – keinen Einfluss auf die Verbraucherpreise gehabt haben (S. 381). Es sei nur die „Knappheitsrente vergesellschaftet worden“. Mit anderen Worten: Bei geringerem Erlös seien die Preise für die Leistungen auf UMTS-Basis nicht billiger gewesen, vielmehr hätten die Anbieter nur mehr verdient. Betriebswirtschaftlich und wettbewerblich ist das schwer vorstellbar. Die von den Unternehmen gezahlten 50 Mrd. Euro müssen von den Unternehmen refinanziert werden. Da mehrere Unternehmen zum Zuge kamen, bestand auch eine Wettbewerbslage, die es nicht erlaubte, Preise unabhängig von Kosten so hoch festzusetzen, wie der Verbraucher sie noch akzeptierte. Man kann deshalb schon die Frage stellen, ob nicht doch die gleiche Logik gilt wie beim Bäcker um die Ecke: Mit dem Mehl wird auch das Brötchen teurer. Welche Auffassung letztlich richtig sein mag, kann dahinstehen. Das Grundproblem besteht darin, dass sowohl Gesetzgeber als auch Gesetzesinterpreten gelegentlich eine Tendenz einer gewissen Ökonomiegläubigkeit haben. Letztlich sollte aus demokratie- und rechtsstaatlichen Gründen die Ökonomie für den Rechtsanwender aber eine Hilfswissenschaft bleiben und nicht zur dominanten Erkenntnisquelle werden. Die ökonomischen Theorien sind oft so gegensätzlich wie Theorien in der Rechtswissenschaft. Die „herrschende Meinung“, soweit es eine solche überhaupt gibt, wechselt meist schneller als in der eher zu Beharrung neigenden Rechtswissenschaft. Eine streitentscheidende höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es in der Ökonomie nicht. Die Verantwortung für die Ergebnisse von Regulierung liegt letztlich bei den demokratisch legitimierten Staatsgewalten, nicht bei der ökonomischen Wissenschaft, die genauso oft und intensiv irrt wie andere Disziplinen auch. Deshalb ist Zurückhaltung gegenüber einer Grundhaltung geboten, die davon ausgeht, die Ökonomen könnten die Welt erklären und die Juristen müssten dies nur verstehen. Damit soll allerdings der Grundthese von Ludwigs nicht widersprochen werden. Der Gesetzgeber zwingt den Rechtsanwender mehr und mehr zur Umsetzung von ökonomischen Erkenntnissen, und in vielen Fragen geschieht dies – dies wird in der Untersuchung an vielen Stellen nachdrücklich belegt – auch mit guten Gründen. Ebenfalls zeigen die Ausführungen deutlich, dass viele *prima facie* einleuchtende Einwände sich bei näherer Betrachtung als haltlos erweisen. Insofern haben Juristen und Rechtsanwender durchaus Lern- und Erkenntnisbedarf, der mit der Lektüre der vorliegenden Arbeit in vielen Punkten gestillt werden kann. Es muss dabei aber der richtige Mittelweg zwischen Ökonomiegläubigkeit und Ökonomieverweigerung gefunden werden.

Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit der Implementation ökonomischer Begriffe in das Recht stellt, ist, inwieweit sich die Unternehmen solche „Bevormundungen“ gefallen lassen müssen. Ist es nicht ureigene Sache jedes Unternehmens, die eigene Effizienz im Wettbewerb zu beweisen? Muss man sich als Marktteilnehmer vom Gesetzgeber und damit letztlich von Verwaltungsbeamten vorschreiben lassen, zu welchem Preis eine Leistungserbringung „effizient“ ist? Diese Frage wird von *Ludwigs* beim Telekommunikationsrecht vor allem vor dem Hintergrund der deutschen Grund-



rechtsdogmatik diskutiert (S. 214 ff.), mit dem (wieder einmal) ernüchternden Ergebnis, dass das deutsche Wirtschaftsverfassungsrecht, also etwa die Berufs- und die Eigentumsfreiheit, dem Gesetzgeber und seinen Regulierern kaum Schranken setzt. Irgendwelche öffentlichen Belange lassen sich fast immer finden, um die Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zu beschränken. Europäische Grundrechtsgarantien werden in die Untersuchung vor allem im stark unionsrechtlich geprägten Energieumweltrecht behandelt, allerdings ebenfalls ohne grundsätzliche Einwände gegen die Verwendung ökonomischer Theorien.

Wer am Ende der für jeden Regulierungsrechtler spannenden und informativen Untersuchung auf eine klassische juristische Definition dessen hofft, wie Unternehmens-effizienz als Rechtskategorie zu verstehen ist, wird von *Ludwigs* mit Recht enttäuscht. Das Phänomen der Entwicklung eines aus ökonomischen Erkenntnissen gespeisten juristischen Effizienzbegriffs, das macht die Arbeit deutlich, ist zu vielfältig, um in einer Formel zusammengefasst zu werden. Ob aber – wie *Ludwigs* meint – bereits ein „Gesamtgemälde“ eines juristischen Effizienzbegriffs zu erkennen ist, oder ob es sich doch eher um ein Sammelsurium von Skizzen und Werkversuchen handelt, bleibt weiter zu beobachten und zu diskutieren, ebenso die Frage, wo die Grenzen einer sinnvollen Übernahme ökonomischer Denkmodelle in das Recht liegen.

Gerrit Manssen, Regensburg

